



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

**Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen: eine
Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer
Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes**

Christensen, Birgit ; Michel, Margot

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-66202>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Christensen, Birgit; Michel, Margot (2012). Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen: eine Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes. Jusletter, 13(30.01.2012):online.

Dr. Birgit Christensen / Dr. Margot Michel

Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen

Eine Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes

Der Bundesrat hat im Juni 2011 den Vorentwurf für eine Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG) vorgelegt. Die Ausführungen gehen der Frage nach, welche Auswirkungen die Neuerungen in Bezug auf die Rechtsposition der potenziellen Organspenderin bzw. des Organspenders haben. Im Fokus stehen Art. 8 TxG, in dem der Zeitpunkt der Anfrage wegen Organspende an die Angehörigen neu geregelt wird, und Art. 10 TxG, nach welchem neu auch eine stellvertretende Zustimmung zu organerhaltenden Massnahmen vor dem Tod zulässig sein soll.

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Transplantationen; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Birgit Christensen / Margot Michel, Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen, in: Jusletter 30. Januar 2012

Inhaltsübersicht

1. Das Todeskriterium: Wann ist ein Mensch tot?
 - 1.1 Der klassische Tod: Das Herz-Kreislauf-Versagen (sekundärer Hirntod)
 - 1.2 Der Hirntod in der modernen Medizin (primärer Hirntod)
 - 1.2.1 Die Definition des Hirntodes
 - 1.2.2 Die Diskussion um das Hirntodkriterium
2. Die Einführung des Hirntodkriteriums
 - 2.1 Von der medizinischen Praxis zu den ersten medizinischen Richtlinien
 - 2.2 Die Regelung durch Transplantationsgesetze und die Feststellung des Todes durch medizinische Richtlinien
3. Organexplantation nach Herz-Kreislauf-Stillstand
 - 3.1 Non Heart Beating Donors (NHBD)
 - 3.2 Sind herztote Menschen hirntot?
4. Die geplante Teilrevision des Transplantationsgesetzes in der Schweiz
 - 4.1 Der Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen wegen möglicher Organspende
 - 4.2 Zustimmungsberechtigung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen
 - 4.2.1 Geltendes Recht und praktische Probleme
 - 4.2.2 Was sind vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod?
 - 4.2.3 Rechtliche Qualifikation der vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod
 - 4.2.3.1 Umfassende Information und freie Zustimmung
 - 4.2.3.2 Revisionsvorlage: Erweiterte Zustimmungsberechtigung vor dem Tod
 - 4.3 Auswirkungen der Revisionsvorlage
5. Schluss

[Rz 1] Am 21. Oktober 2011 wurde die Vernehmlassung für die Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG) abgeschlossen.¹ Mit der Veröffentlichung der Vernehmlassungsergebnisse ist allerdings erst im Frühjahr 2012 zu rechnen. Anlass für die geplante Revision, die lediglich vier Jahre nach dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007 in Angriff genommen wird, bildet die Motion der Ständerätin Liliane Maury Pasquier, welche die Gleichstellung der Grenzgängerinnen und Grenzgänger bei der Organzuteilung fordert (vgl. Art. 17 Abs. 2 TxG).² Der Revisionsvorschlag geht über dieses Anliegen hinaus und schlägt gleichzeitig eine «Änderung von Bestimmungen des TxG vor [...], bei deren praktischen Anwendungen sich Unsicherheiten ergeben haben».³

[Rz 2] Dazu gehören der Verzicht auf eine Definition von Transplantatprodukten auf Gesetzesstufe (Art. 3 lit. d TxG)⁴ bzw. deren Neuregelung auf Verordnungsebene, die finanzielle Absicherung der Lebendspenderinnen und -spender (Art. 13, 14, 17, 21 TxG) sowie die Anpassung der Straf- und Übergangsbestimmungen (Art. 69, 70 und 74 TxG). Diese Änderungen interessieren hier nicht. Im Fokus der folgenden Analyse stehen vielmehr die Ergänzungen von Art. 8 und 10 TxG. Dabei geht es zum einen um die Frage, zu welchem

Zeitpunkt Angehörige wegen einer allfälligen Organspende angefragt werden dürfen, zum andern darum, wer die Zustimmung zu sogenannten vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod der Organspenderin oder des Organspenders geben darf.

[Rz 3] Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch weit mehr: Zum einen stellt sich die Frage nach dem Todeskriterium, d.h. die Frage danach, wann ein Mensch als tot gilt. Zum andern ist auch die Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Hirntod sowie deren unterschiedliche Feststellung wichtig. Ein Rückblick auf die Etappen, die zur Einführung des irreversiblen Hirntods in den medizinischen Standesrichtlinien und später im Gesetz führten, erhellt nicht nur den Kontext der geplanten Gesetzesrevision, sondern führt auch die Dimensionen vor Augen, die mit dieser Änderung verbunden sind.

[Rz 4] Ziel der folgenden Ausführungen ist es aufzuzeigen, was durch die gesetzlichen Modifikationen von Art. 8 und 10 TxG, insbesondere mit Blick auf die Rechtsposition der Organspenderin oder des Organspenders, tatsächlich verändert wird und welche Motivation hinter diesen Änderungen steht.

1. Das Todeskriterium: Wann ist ein Mensch tot?

[Rz 5] Das Todeskriterium legt normativ fest, wann ein Mensch für tot gelten kann. Es ist abhängig davon, wie über den Menschen, das Leben und den Tod gedacht wird und stellt mithin keine absolut geltende, objektive oder naturwissenschaftliche Gewissheit dar. Das Todeskriterium wird von gesellschaftlichen, sozialen, philosophischen und moralischen Vorstellungen ebenso geprägt wie von medizinischen Möglichkeiten und Innovationen.

[Rz 6] Einen Einfluss auf das Kriterium des Todes hat insbesondere die Auffassung, wer oder was das Subjekt des Todes ist. Der Tod wird anders definiert, wenn davon ausgegangen wird, dass der Mensch als Ganzes (körperlich-geistige Einheit) stirbt oder nur als Person (Bewusstsein), wiederum anders, wenn der Tod eines menschlichen Organismus insgesamt oder nur einzelner Organsysteme (Herz, Hirn) in den Blick genommen wird.⁵

[Rz 7] Von der Antike bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts galten das Aussetzen des Herzschlags oder des Atems als Zeichen des Todes.⁶ Dass damit kein untrügliches Todeskriterium vorlag, ist durch die nie abbrechende Diskussion des Scheintodes belegt.⁷ Bereits Plinius leitete seine

¹ Vgl. BAG, <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01739/11989/index.html?lang=de> (9. Januar 2012).

² Motion Maury Pasquier vom 24. September 2008, 08.3519.

³ Erläuterungen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 29. Juni 2011, S. 3; im Folgenden Erläuterungen TxG 2011.

⁴ Zu den Gründen vgl. Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 14.

⁵ Vgl. A. HÜGLI, Todeskriterien, in: Historisches Lexikon der Philosophie 10 (1998), S. 1245–1249, hier S. 1245.

⁶ Vgl. HÜGLI (Anm. 5), S. 1245, und u.a. T. SCHRAMME, Bioethik, Frankfurt/New York 2002, S. 85.

⁷ Vgl. D. SCHÄFER, Todesfeststellung im Mittelalter, in: T. SCHLICH/C. WIESEMANN

Beschreibung von Scheintoten mit den Worten ein: «Dies ist das Schicksal der Sterblichen [...], dass man beim Menschen nicht einmal dem Tode trauen darf.»⁸

[Rz 8] In der Aufklärung erlebte die Angst, scheinot zu sein, einen neuen Höhepunkt.⁹ In der Folge statuierten verschiedene Staaten gesetzliche «Latenzzeiten» von mehreren Tagen «zwischen Todeseintritt und Beisetzung»¹⁰ und führten im Rahmen der «Verrechtlichung des Todes» die Leichenschau und den Totenschein ein.¹¹ Als untrügliche Todeszeichen galten seit dem 18. Jahrhundert «Fäulnisssymptome», d.h. Verwesungsanzeichen wie Totenflecken oder das Absterben aller Organe, ausserdem die Leichenstarre und das gebrochene Auge sowie das Fehlen von Puls, Atem und Reflexen.¹² Ein Kriterium, das den Tod rechtlich definierte, gab es hingegen nicht. Dies wurde erst im Zusammenhang mit der Transplantationsmedizin notwendig.

1.1 Der klassische Tod: Das Herz-Kreislauf-Versagen (sekundärer Hirntod)

[Rz 9] Steht das Herz still und atmet die Lunge nicht mehr selbstständig, wird von Herztod gesprochen. Innert kürzester Zeit – nach «maximal acht Minuten» – stirbt nach Auskunft der medizinischen Wissenschaft in der Folge das Gehirn, «wenn nicht durch künstliche Beatmung eingegriffen wird».¹³ Dieser «klassische» Tod wird deshalb auch sekundärer Hirntod genannt. Um die Mitte des 20. Jahrhunderts wurde er aufgrund von zwei Methoden der Reanimation problematisch. Die Herzmassage und die künstliche Beatmung, die mit der Erfindung der Herz-Lungen-Maschine 1952 in die medizinische Praxis eingeführt wurden, machten den Herztod zu einem reversiblen Prozess.¹⁴ Damit konnte einerseits «der Organismus hirntoter Patienten noch längere Zeit weiterfunktionieren, andererseits» konnten «Patienten, deren Herz-Kreislaufsystem nicht mehr autonom» arbeitete, «am

Leben und bei Bewusstsein gehalten werden».¹⁵ In der Folge sah sich die Intensivmedizin seit den 1960er Jahren zunehmend mit Patientinnen und Patienten konfrontiert, bei denen sie nicht entscheiden konnte, «ob sie mehr auf der Seite des Lebens oder auf der Seite des Todes standen, d.h. ob sie weiter zu behandeln waren oder nicht».¹⁶ Diese Verunsicherung verlangte nach einer Neudefinition von Leben und Tod.

1.2 Der Hirntod¹⁷ in der modernen Medizin (primärer Hirntod)

[Rz 10] Ein Komitee der Harvard Medical School suchte deshalb nach einem neuen verlässlichen Kriterium des Todes. 1968 legte es den sogenannten Harvard-Bericht vor, der den Tod als irreversibles Koma, als Tod des Hirns, definierte.¹⁸ In gewisser Weise fatal war, dass zwei Motive für das Hirntodkriterium genannt wurden. Zum einen sollte es Klarheit schaffen bei komatösen Patientinnen und Patienten, also regeln, wann sie nicht mehr am Leben erhalten werden mussten. Zum andern machte das Komitee den Hirntod auch zum Kriterium in der Transplantationsmedizin, um Kontroversen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Organen beizulegen.¹⁹ Dies war dem Umstand geschuldet, dass Mediziner aus verschiedenen Fachdisziplinen ihre Interessen einbrachten: Die Anästhesisten brauchten ein Kriterium, um eine sinnlose lebenserhaltende Beatmung abbrechen zu können, die Neurologen wollten das EEG zur Todesfeststellung durchsetzen und die Transplantationschirurgen bedurften dringend der Rechtssicherheit, da in Japan ein Arzt zum Tode verurteilt worden war, nachdem er einem hirntoten Patienten Organe für eine Transplantation entnommen hatte.²⁰

1.2.1 Die Definition des Hirntodes

[Rz 11] Die *Todesdefinition*, die dem Hirntod-Konzept zugrunde liegt, begreift den «Tod als den irreversiblen Ausfall aller kritischen Funktionen des Organismus als Ganzes».²¹ Kritische Funktionen sind die vitalen Funktionen (spontane Atmung und autonome Kontrolle des Kreislaufs), die integrierenden Funktionen (Selbstregulation bzw. Homöostase des

(Hrsg.), Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung, Frankfurt a.M. 2001, S. 102–114.

⁸ C. PLINIUS SECUNDUS D.Ä., Naturkunde, Lateinisch-deutsch, Hrsg. und übers. von R. König in Zusammenarb. mit G. Winkler, Heimeran 1975, Buch VII, LIII, 174.

⁹ Vgl. M. KESSEL, Die Angst vor dem Scheintod im 18. Jahrhundert. Körper und Seele zwischen Religion, Magie und Wissenschaft, in: Schlich/Wiesemann (Anm. 7), S. 133–166, vor allem S. 136.

¹⁰ HÜGLI (Anm. 5), S. 1247.

¹¹ KESSEL (Anm. 9), S. 147 f.

¹² Vgl. KESSEL (Anm. 9), S. 149, und M. DE RIDDER, Wie wollen wir sterben? Ein ärztliches Plädoyer für eine neue Sterbekultur in Zeiten der Hochleistungsmedizin, München 2010, S. 49, sowie Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 I, S. 29–246, hier S. 86; im Folgenden Botschaft TxG 2001.

¹³ DE RIDDER (Anm. 12), S. 53.

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich S.M. SCHELLONG, Die künstliche Beatmung und die Entstehung des Hirntodkonzeptes, in: SCHLICH/WIESEMANN (Anm. 7), S. 187–208.

¹⁵ S. MÜLLER, Revival der Hirntod-Debatte: Funktionelle Bildgebung für die Hirntod-Diagnostik, in: Ethik in der Medizin 22 (2010), S. 5–17, hier S. 6.

¹⁶ SCHELLONG (Anm. 14), S. 205.

¹⁷ Der Begriff Hirntod wurde Ende des 18. Jahrhunderts von MARIE FRANÇOIS BICHAT in seiner Schrift *Untersuchung über das Leben und den Tod* geprägt; vgl. H. ANGSTWURM, Der Hirntod als sicheres Todeszeichen, in: M. DÜWELL/K. STEIGLEDER (Hrsg.), Bioethik. Eine Einführung, Frankfurt a.M. 2004, S. 291–297, hier S. 291.

¹⁸ Vgl. A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. In: The Journal of the American Medical Association (JAMA) 205/6 (1968), S. 337–340.

¹⁹ Vgl. u.a. Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 87.

²⁰ Vgl. MÜLLER (Anm. 15), S. 7.

²¹ Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 88.

Organismus) und das Bewusstsein. Das *Todeskriterium*, das darauf beruht, umschreibt den Tod «als den »irreversiblen Ausfall aller klinischen Funktionen des gesamten Hirns«». ²² Das Kriterium des Hirntodes ist somit erfüllt, wenn keine vitalen Funktionen (gesteuert durch den Hirnstamm), keine integrativen Funktionen (gesteuert durch Hirnstamm und Hypothalamus) sowie kein Bewusstsein (gesteuert durch Hirnstamm, Thalamus und Cortex) mehr gegeben sind.

[Rz 12] Anders als beim Herz-Kreislauf-Stillstand stirbt beim sogenannten Hirntod als erstes das Hirn, weshalb auch von primärem Hirntod gesprochen wird. Hirntod bedeutet, «was das Wort ausdrückt: Tod des Gehirns». ²³ Wenn Hirnstamm, Hypothalamus, Thalamus und Cortex ausfallen, enden alle vom Gehirn gesteuerten Prozesse, die die Einheit der Körper- und Gehirnfunktionen des menschlichen Subjekts sicherstellen. Werden die Atmung, die Herzaktivität, der Blutdruck, der Salz- und Wasserhaushalt sowie der Hormonhaushalt nicht mehr vom Hirn gesteuert, kann der Organismus nicht überleben. Der Hirntod ist also definitiver als der Herztod, kann aber nur mit Hilfe von neurologischen Kriterien «unter intensivmedizinischen Bedingungen» nachgewiesen werden. ²⁴

1.2.2 Die Diskussion um das Hirntodkriterium

[Rz 13] Der Zusammenhang zwischen Hirntodkriterium und Transplantationsmedizin, der bereits im Harvard-Bericht angesprochen worden war, prägte die erste ethische Diskussion um dieses neue Todeskriterium, die von Hans Jonas 1969 eröffnet wurde. Seine Bedenken gegen den Hirntod waren insofern nicht grundsätzlicher Art, als er ihn im Zusammenhang mit dem Therapieabbruch, dem Beenden von lebenserhaltenden Massnahmen bei hirntoten Menschen, als durchaus legitim erachtete. ²⁵ Als «beunruhigend» bezeichnete er jedoch die Tendenz, «den Zeitpunkt der Toterklärung vorzulegen», wenn damit erreicht werden sollte, an «Organe und Gewebe unter [...] Idealbedingungen» heranzukommen, was er mit «Vivisektion» verglich. ²⁶ Im ersten Fall anerkannte Jonas die «Sinnlosigkeit bloss vegetativer Fortexistenz» und bezeichnete das Abstellen der Geräte aufgrund des Hirntod-Kriteriums als Einleitung des Sterbeprozesses; im zweiten Fall jedoch werde ein komatöser Patient mit dem Hirntod-Kriterium zu einem toten erklärt und sein Leib einer weiteren Verwendung zugänglich gemacht. ²⁷ Bereits in der damaligen Diskussion wurde auch eine Position vertreten, die den Hirntod mit dem Verlust des Bewusstseins gleichsetzte. Dieses

sogenannte Teilhirntod-Konzept ging und geht davon aus, dass bereits mit dem Tod des Hirnstamms der Hirntod eingetreten sei. ²⁸

[Rz 14] Etwas mehr als zwanzig Jahre später, im Oktober 1992, setzte die Diskussion um den Hirntod in einer breiteren Öffentlichkeit ein. ²⁹ Anlass war eine hirntote Frau in Erlangen (Deutschland), die schwanger war. Während Wochen versuchten die Ärzte, die Frau solange am Leben zu erhalten, bis das «Erlanger Baby» ausserhalb des Mutterleibes überlebensfähig hätte sein können. Nach fünf Wochen kam es allerdings zu einer spontanen Totgeburt. Den Höhepunkt erreichte die Debatte in Deutschland im Zusammenhang mit der Einführung des Transplantationsgesetzes, danach war sie «ebenso plötzlich zu Ende, wie sie begonnen hatte», und «die Frage, ob hirntote Menschen tot sind, schien niemanden mehr zu interessieren». ³⁰ Die Verabschiedung des Transplantationsgesetzes beendete die Kontroverse, obgleich sie, wie Stoecker betont, keine Antwort auf genau diese Frage lieferte.

[Rz 15] In jüngster Zeit ist jedoch in den USA, in Deutschland und vereinzelt auch in der Schweiz ³¹ ein Wiederaufleben der Diskussion um den Hirntod zu beobachten. Neuere Forschungsergebnisse legen nahe, dass es alles andere als klar ist, dass der (primäre) Hirntod mit dem biologischen Tod zusammenfällt, da auch hirntote Menschen noch über verschiedene integrierende Fähigkeiten verfügen, wie zum Beispiel über «Immunabwehr, Wundheilung, partielle Temperaturregulation, die Fähigkeit zur Schwangerschaft, sexuellen Reifung und des Körperwachstums bei Kindern». ³² Die Dokumentation von «zehn erfolgreichen Schwangerschaften» hirntoter Frauen, vor allem aber zahlreicher Fälle, Müller spricht allein bis zum Jahr 1998 von 175 Fällen, in denen keineswegs unmittelbar nach dem Hirntod eine körperliche Desintegration stattfand, sondern «zwischen Hirntod und Herzstillstand mindestens eine Woche und bis zu 14 Jahre» vergingen, hat erneut zu grosser Verunsicherung in der

²² Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 89.

²³ ANGSTWURM (Anm. 17), S. 291.

²⁴ DE RIDDER (Anm. 12), S. 53, und ANGSTWURM (Anm. 17), S. 292.

²⁵ Vgl. H. JONAS, Gehirntod und menschliche Organbank: Zur pragmatischen Umdefinierung des Todes, in: Ders., Technik, Medizin und Ethik. Praxis des Prinzips Verantwortung, Frankfurt a.M. 2007, S. 220; erweiterter Wiederabdruck des Aufsatzes von 1969.

²⁶ JONAS (Anm. 25), S. 221.

²⁷ JONAS (Anm. 25), S. 224.

²⁸ Vgl. Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 90; in Grossbritannien ist die Feststellung des «Funktionsausfalls des Hirnstamms» für den Todesnachweis ausreichend, ebd.

²⁹ Vgl. zum Folgenden R. STOECKER, Ein Plädoyer für die Reanimation der Hirntoddebatte in Deutschland, in: D. PREUSS/N. KNOEPFFLER/K.M. KODALLE (Hrsg.), Körperteile – Körper teilen. Kritisches Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 8 (2009), S. 41–52, hier S. 41 f., sowie S. 44–47 für die Debatte in den 1990er Jahren.

³⁰ STOECKER (Anm. 29), S. 42.

³¹ Vgl. S. BURCH, Das Konzept des «Hirntodes». Überlegungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit einem Phänomen an der Grenze zwischen Leben und Tod, Jusletter, 22. November 2010, sowie P. LACHENMEIER, Der Tod im liberalen Staat. Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss. Basel 2008, hier insb. S. 203 ff.

³² STOECKER (Anm. 29), S. 47. Zweifel am effektiven Tod Hirntoter werden auch genährt durch ihre physischen Reaktionen bei der Explantation, die von Adrenalinschub über Blutdruckanstieg bis zu gesteigerter Herzfrequenz reichen, weshalb in gewissen Ländern Organe nur unter Vollnarkose entnommen werden dürfen; vgl. MÜLLER (Anm. 15), S. 14.

Frage geführt, ob Hirntote wirklich tot sind.³³ Der amerikanische *President's Council on Bioethics* legte deshalb im Dezember 2008 ein White Paper mit dem Titel «Controversies in the Determination of Death» vor, welches die amerikanische Öffentlichkeit über den Stand der Hirntoddebatte informieren sollte. Darin wurde eingeräumt, dass die integrierenden Funktionen des Körpers, deren irreversibler Ausfall zentral ist für das Hirntodkriterium, nicht unmittelbar nach Eintritt des Hirntodes enden. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass sie eine emergente Eigenschaft des ganzen Organismus seien: «Integration, rather, is an emergent property of the whole organism – a property that does not depend upon directions from any one part, but is the product of the orchestration of multiple parts.»³⁴

[Rz 16] Soll vor diesem Hintergrund an der gegenwärtigen Praxis hinsichtlich Organexplantationen festgehalten werden, muss entweder der Hirntod als Kriterium oder aber die sogenannte «dead donor rule» aufgegeben werden, die besagt, dass Organentnahmen nur bei toten Menschen vorgenommen werden dürfen. Für letzteres plädiert Dieter Birnbacher mit dem Argument, das bewusste Leben habe einen höheren Stellenwert. Ausschlaggebend sei der Verlust des Bewusstseins, weshalb es vertretbar sei, dass bei «der Explantation von Organen von Hirntoten [...] einem *lebenden Organismus* Organe entnommen» werden, was, wie er explizit festhält, «darauf hinausläuft, dass diese Organe einem *lebenden menschlichen Individuum* entnommen werden». Organexplantationen sind dann möglich, wenn das Hirntodkriterium nicht als «adäquates Kriterium für den Tod» gilt, sondern als «Kriterium für den unter ethischen Gesichtspunkten primär relevanten, aber mit dem Tod simpliciter nicht zusammenfallenden Tod».³⁵ Der *President's Council* dagegen hält am Hirntodkriterium fest, definiert es jedoch neu: Es besteht nicht mehr darin, dass der irreversible Verlust aller klinischen bzw. integrierenden Funktionen des gesamten Hirns vorliegt, sondern wird als «Zeichen» dafür gewertet, dass der Organismus jene wesentlichen Leistungen, die lebende Wesen definieren, nicht mehr leisten könne.³⁶

[Rz 17] Die Kritik an der heutigen Handhabung des Hirntodkonzeptes gibt zu bedenken, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt und mit den gegenwärtigen Möglichkeiten der apparativen Diagnostik nicht sicher ist, dass als hirntot erklärte

Menschen auch tatsächlich (hirn-)tot und wirklich ohne Bewusstsein sind. Sie fordert deshalb dazu auf, die Feststellung des Hirntodes zu verbessern und u.a. auch bildgebende Verfahren zu berücksichtigen.³⁷

2. Die Einführung des Hirntodkriteriums

[Rz 18] Dass das Konzept des Hirntodes in einem engen Zusammenhang mit den Interessen der Transplantationsmedizin steht, wie schon Jonas betonte, und deshalb auch immer wieder umstritten ist, wird in der Diskussion oft als Argument vorgebracht. Dieser Konnex stimmt jedoch nur bedingt, wie Claudia Wiesemann für Deutschland plausibel dargelegt hat.³⁸ Eine «reine Hirntod-Definition» entspricht nämlich nicht unbedingt den Interessen der Transplantationsmedizin, sondern ist ihr «eher hinderlich»; wird sie strikt angewandt, hat «die Transplantationsmedizin deutlich weniger Organe zur Verfügung».³⁹

2.1 Von der medizinischen Praxis zu den ersten medizinischen Richtlinien

[Rz 19] Vor allem im Zusammenhang mit Nierenspenden kamen seit Mitte der 1950er Jahre neben Unfallopfern auch «Patienten mit Herzversagen [...] als Organspender in Frage».⁴⁰ Das damit verbundene Problem bestand darin, dass die warme Ischämiezeit, jene Zeit also, «die vom Eintritt des Todes bis zur Entnahme der [Organe] und ihrer Perfusion mit kalten Lösungen verging, [...] möglichst nicht länger als 60 Minuten dauern» sollte.⁴¹ Damit blieb kaum Zeit, um einen zweiten, unabhängigen Arzt zur Todesfeststellung beizuziehen, geschweige denn, um den Willen des «Spenders» ausfindig zu machen oder dessen Angehörige diesbezüglich anzufragen. Zwar wurde in den USA zusätzlich die Untersuchung mit EEG zwecks «Sicherung der Diagnose Hirntod» empfohlen, doch liess sich dies «unter dem gegebenen Zeitdruck» kaum jemals durchführen.⁴² Insbesondere die auch von ärztlicher Seite geäußerte Kritik an der Diagnostik bei der Todesfeststellung durch Herzversagen bei den Organexplantationen bewog die Deutsche Gesellschaft für Chirurgie 1967 zur Einsetzung einer Kommission zu den Fragen von Reanimation und Organtransplantation, die Sicherheit für Spendende wie auch transplantierende Chirurgen schaffen sollte.⁴³

³³ MÜLLER (Anm. 15), S. 9.

³⁴ Controversies in the Determination of Death. A White Paper by the President's Council on Bioethics. December 2008, S. 40. Im Folgenden President's Council. Einsehbar unter: <http://bioethics.georgetown.edu/pdbe/reports/death/index.html> (10. Januar 2012).

³⁵ D. BIRNBACHER, Der Hirntod – eine pragmatische Verteidigung, in: B. Sharon Byrd/J. Hruschka/J.C. Jordan (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Themenschwerpunkt: Medizinethik und -recht, 15 (2007), S. 459–477, hier S. 475. Eine vergleichbare Regelung kannte Dänemark bis 1987, vgl. Bot-schaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 90.

³⁶ Vgl. President's Council (Anm. 34), S. 64 f. Vgl. dazu ausführlich MÜLLER (Anm. 15), S. 10.

³⁷ Vgl. MÜLLER (Anm. 15), S. 11 f.

³⁸ Vgl. C. WIESEMANN, Notwendigkeit und Kontingenz. Zur Geschichte der ersten Hirntod-Definition der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie von 1968, in: T. SCHLICH/C. WIESEMANN (Anm. 7), S. 209–235, hier S. 212–220.

³⁹ WIESEMANN (Anm. 38), S. 228.

⁴⁰ WIESEMANN (Anm. 38), S. 216.

⁴¹ WIESEMANN (Anm. 38), S. 216.

⁴² WIESEMANN (Anm. 38), S. 218.

⁴³ Vgl. WIESEMANN (Anm. 38), S. 220 f.

[Rz 20] Im April 1968 wurde eine Erklärung veröffentlicht, die den Hirntod zum Todeskriterium erklärte und «die notwendigen diagnostischen Untersuchungen zum Nachweis des Gehirntods als Folge primärer oder sekundärer Hirnschädigung» festhielt.⁴⁴ Nebeneinander fanden sich dort die Diagnosen des Hirntods aus Sicht der Neurochirurgen und Anästhesisten sowie jene der Chirurgen. Während erstere eine «differenzierte und zeitlich aufwendige Diagnostik» verlangten, bei der u.a. «ein Nachweis von «Ausfallerscheinungen des Zentralnervensystems über 12 Std.», ein EEG oder eine zerebrale Angiographie» geliefert werden mussten (Absatz 2), empfahlen die Chirurgen, den Gehirntod «auch dann «anzunehmen», wenn «nach einer therapeutisch nicht mehr beeinflussbaren Kreislaufdepression ein Atem- und Herzstillstand eintritt»» (Absatz 1).⁴⁵ Für die Anästhesisten und Neurochirurgen änderte sich mit den Richtlinien und der in ihnen festgehaltenen sorgfältigen Diagnostik wenig im Zusammenhang mit den Patientinnen und Patienten, die sie betreuten und oft schon während Tagen und Wochen künstlich am Leben erhielten. Hätten jedoch die Transplantationschirurgen diese Diagnostik auch für sich akzeptiert, wäre die «Zahl der Organspender drastisch reduziert» worden. Nicht zuletzt deshalb hielten sie an der empirisch ermittelten Zeitspanne fest, was laut Wiesemann einer «Wertentscheidung» gleichkommt.⁴⁶

[Rz 21] Dieselbe Konstruktion wie in der Erklärung zur Todesfeststellung der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie findet sich auch in den ersten *Richtlinien für die Definition und die Diagnose des Todes* der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), die 1969 publiziert wurden. Dort hiess es, ein Mensch sei «als tot zu betrachten», «wenn eine oder beide der folgenden Bedingungen erfüllt» sei: «a) Irreversibler Herzstillstand mit der dadurch unterbrochenen Blutzirkulation im Organismus und damit auch im Gehirn: Herz-Kreislauf-Tod. b) Vollständiger, irreversibler zerebraler Funktionsausfall oder Tod des Gehirns: zerebraler Tod.»⁴⁷ Punkt 7 formulierte, der «Zeitpunkt des Todes ist derjenige des Hirntodes», die Punkte 7a und 7b unterschieden die Todesfeststellung aber je nach Todesursache: «beim primären irreversiblen Herz- und Kreislaufstillstand» sei das Kriterium für den Hirntod «der Zeitpunkt des Auftretens von weiten und lichtstarrten Pupillen»; «beim primär zerebralen Tod» jedoch «der Zeitpunkt des Auftretens aller Symptome des vollständig irreversiblen zerebralen Funktionsausfalls».⁴⁸ Während der Tod beim primären

Hirntod nach neurochirurgischen Standards festgestellt wurde, reichte beim sekundären Hirntod die Feststellung von «weiten und lichtstarrten Pupillen» aus. Eine Organtransplantation wurde explizit sowohl nach Eintritt des Herz-Kreislauf-Todes wie auch nach Eintritt des zerebralen Todes als zulässig erachtet.⁴⁹ Diese Position vertritt die SAMW bis heute.

[Rz 22] In Deutschland war die Stellungnahme der Kommission der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie bis 1982 gültig. In diesem Jahr wurde sie durch die *Entscheidungshilfen des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer zur Feststellung des Hirntodes* abgelöst, die eine «über mindestens zwölf Stunden ausgedehnte Diagnostik des Hirntodes» vorschrieben «und damit der Praxis der Organentnahme bei Herztoten» in Deutschland den «Boden entzogen».⁵⁰ An diesem Grundsatzentscheid wird in Deutschland bis heute festgehalten.

2.2 Die Regelung durch Transplantationsgesetze und die Feststellung des Todes durch medizinische Richtlinien

[Rz 23] 1997 wurde in Deutschland das Transplantationsgesetz (TPG) erlassen.⁵¹ Am 1. Juli 2007 trat die gesetzliche Regelung der Transplantationsmedizin in der Schweiz in Kraft.⁵² In beiden Ländern gilt das Hirntodkriterium als Voraussetzung der Organ- oder Gewebeentnahme.⁵³

[Rz 24] Für die Festlegung der Regeln zur Feststellung des Todes sind die medizinischen Wissenschaften zuständig. In Deutschland legt die Bundesärztekammer die Richtlinien fest (Art. 3 Abs. 1, 2. i.V.m. Art. 16 Abs. 1 TPG), in der Schweiz die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) (Art. 9 Abs. 2 TxG i.V.m. Art. 7 TxV i.V.m. Anhang 1 Ziffer 1 TxG), wobei weder dem Wortlaut des Gesetzesartikels noch der Botschaft eine Delegation an die SAMW zu entnehmen ist. Vielmehr wird von einem «Erlass analoger Regeln [...], wie sie heute in den Richtlinien der SAMW über

⁴⁴ WIESEMAN (Anm. 38), S. 224.

⁴⁵ WIESEMAN (Anm. 38), S. 224 f.

⁴⁶ WIESEMAN (Anm. 38), S. 226 f.

⁴⁷ SAMW, Richtlinien für die Definition und die Diagnose des Todes, Sonderdruck aus Jahresbericht 1968 der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Basel 1969, o.S., Punkt 4; im Folgenden SAMW 1969.

⁴⁸ SAMW 1969 (Anm. 47), o.S., Punkt 7.

⁴⁹ SAMW 1969 (Anm. 47), o.S., Punkt 9.

⁵⁰ WIESEMAN (Anm. 38), S. 227.

⁵¹ Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG) vom 5. November 1997, BGBl. I S. 1990; Fassung vom 17. Juli 2009: BGBl. I S. 2206.

⁵² Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TxG) vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21), Datum des Inkrafttretens: 1. Juli 2007.

⁵³ Für Deutschland vgl. Art. 3 Abs. 2, Ziff. 2. TPG: «Die Entnahme von Organen oder Geweben ist unzulässig, wenn nicht vor der Entnahme bei dem Organ- oder Gewebespender der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Grosshirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist.» Für die Schweiz vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG: «Organe, Gewebe oder Zellen dürfen einer verstorbenen Person entnommen werden, wenn der Tod festgestellt worden ist.» Sowie Art. 9 Abs. 1: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.»

die Definition und Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen enthalten sind», gesprochen.⁵⁴

[Rz 25] Die Bundesärztekammer hielt an ihrer Position fest und bestätigte 1995, dass ein Herzstillstand allein kein sicheres Todeszeichen sei, «solange ungewiss ist, ob er unänderlich ist und ob er bereits zum endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der gesamten Hirnfunktion geführt hat».⁵⁵ Auch die SAMW beharrte auf der von ihr seit je vertretenen Ansicht, Herztod und Hirntod seien nicht «verschiedene Arten des Todes».⁵⁶ Das neue Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004, das 2007 in Kraft trat, war allerdings Anlass, die Richtlinien 2005 erneut anzupassen.⁵⁷

[Rz 26] Erstmals tauchen in den Richtlinien von 2005 auch jene potenziellen Organpenderinnen und -spender auf, die *Non Heart Beating Donors* (NHBD) genannt werden. Mit diesem Begriff werden Personen bezeichnet, die an einem Herz-Kreislaufstillstand sterben.⁵⁸ Zwar wurde zugestanden, in «weiten Kreisen» bestünden «gegenüber einer Organspende unter diesen Umständen Zweifel und Vorbehalte, da befürchtet» werde, «die potentiellen Spender würden einem im Einzelfall nicht überprüften Risiko ausgesetzt und der Tod könne in dieser Situation nicht mit genügender Sicherheit festgestellt werden»,⁵⁹ doch hielten die Richtlinien an einer empirisch ermittelten Dauer von Herz- und Kreislauf-Stillstand fest.⁶⁰

[Rz 27] Zur Feststellung des *primären Hirntodes* mussten zunächst die klinischen Zeichen geprüft werden: 1) Koma, 2) beidseits weite, auf Licht nicht reagierende Pupillen, Fehlen 3) der okulozephalen Reflexe, 4) der Korneareflexe, 5) der zerebralen Reaktion auf schmerzhafte Reize, 6) des

Husten- und Schluckreflexes und 6) der Spontanatmung.⁶¹ Die Irreversibilität dieses Zustandes wurde festgestellt, indem nach einem Zeitintervall von 6 bis 48 Stunden⁶² entweder diese klinischen Zeichen erneut überprüft oder aber apparative Zusatzuntersuchungen⁶³ durch einen zweiten Arzt⁶⁴ durchgeführt wurden. Die Feststellung des Todes bei *sekundärem Hirntod*, also bei Patientinnen und Patienten, die an einem Herz-Kreislauf-Stillstand gestorben waren, umfasste neben der Diagnose der Pulslosigkeit die Überprüfung derselben klinischen Zeichen⁶⁵ und einen Beobachtungszeitraum, der jedoch nur 10 bis 45 Minuten betrug.⁶⁶ Apparative Zusatzuntersuchungen wurden nicht verlangt.

[Rz 28] Die Botschaft zum Transplantationsgesetz problematisierte zwar die Todesfeststellung nach Herz-Kreislauf-Stillstand und wies auf die geltende Regelung in Deutschland hin, billigte aber die in den Richtlinien der SAMW vorgeschlagene Möglichkeit, dass der irreversible Hirntod je nach Todesursache verschieden festgestellt werden könne, und liess damit eine Organexplantation auch bei *Non Heart Beating Donors* grundsätzlich zu, sofern das Kriterium des irreversiblen Funktionsausfalls des Hirns erfüllt war.⁶⁷

[Rz 29] Dennoch unterliessen nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007 jene Transplantationszentren in der Schweiz (Genf und Zürich), die Organexplantationen auch bei *Non Heart Beating Donors* vorgenommen hatten, dies: «Die für die Programme zuständigen Ärzte waren der Ansicht, dass der Gesetzesartikel (Art. 8), der sich auf die Entnahme von Organen bezieht, so formuliert ist, dass eine Entnahme bei Spendern im Herztod unmöglich ist.»⁶⁸ Damit aber entfiel ein bislang in der Schweiz nicht unwesentlicher Teil der potenziellen Organspenderinnen und -spender.

[Rz 30] Bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes unternahm die 1985 gegründete, schweizerische nationale Stiftung für Organspende und Transplantation Swisstransplant deshalb Anstrengungen, das «gravierende Missverhältnis zwischen verfügbaren

⁵⁴ Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 140.

⁵⁵ Stellungnahme der Bundesärztekammer und der Deutschen Transplantationsgesellschaft zu «Non-Heart-Beating-Donor», Pressemitteilung vom 19. Oktober 1995. Vgl. auch die Mitteilung der Bundesärztekammer im Deutschen Ärzteblatt 95/50 (1998) A-3235: Organentnahme nach Herzstillstand («Non heart-beating donor»). Vgl. <http://www.bundesaeztekammer.de/page.asp?his=0.7> (10. Januar 2012).

⁵⁶ SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen. Medizinisch-Ethische Richtlinien der SAMW, Vom Senat der SAMW genehmigt am 24. Mai 2005, S. 16. Im Folgenden SAMW 2005. Auf die Revisionen von 1981 und 1983 wird hier nicht eingegangen, da es sich weitgehend nur um Anpassungen handelt, die durch verbesserte Diagnosemöglichkeiten notwendig waren.

⁵⁷ SAMW 2005 (Anm. 56).

⁵⁸ In den USA sind heute die Begriffe DCD, donation after cardiac death, oder DCDD, donation after circulatory determination of death, gebräuchlicher; vgl. STOECKER (Anm. 29), S. 50. Sterbende und tote Menschen mit englischen Begriffen und Kürzeln, die auch noch in Kategorien eingeteilt werden (vgl. weiter unten), zu bezeichnen, hat etwas Despektierliches an sich und ist tendenziell verschleiern. Damit aber Klarheit herrscht in Bezug auf das, wovon die Rede ist, werden die Begriffe und Kürzel hier ebenfalls gebraucht.

⁵⁹ SAMW 2005 (Anm. 56), S. 18.

⁶⁰ SAMW 2005 (Anm. 56), S. 17.

⁶¹ Vgl. SAMW 2005 (Anm. 56), S. 5.

⁶² Die Zeitdauer ist je nach Patientin bzw. Patient und Ursache des Hirntodes unterschiedlich; vgl. SAMW 2005 (Anm. 56), S. 6.

⁶³ Transkranielle Doppler- oder Farbduplexsonografie, Spiral-Computer-Tomografie, 99m Tc-HMPAO-Szintigrafie, intraarterielle digitale Subtraktionsangiographie (IA-DSA); vgl. SAMW 2005 (Anm. 56), S. 6.

⁶⁴ Einer der beiden Ärzte sollte «Facharzt für Neurologie oder Neurochirurgie» sein; SAMW 2005 (Anm. 56), S. 7.

⁶⁵ Vgl. SAMW 2005 (Anm. 56), S. 8.

⁶⁶ Die Zeit variiert je nach Art der Reanimationsversuche sowie danach, ob besondere Umstände vorliegen, wie z.B. Unterkühlung; vgl. SAMW 2005 (Anm. 56), S. 8.

⁶⁷ Vgl. Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 91 ff.

⁶⁸ Swisstransplant: F. BEYELER/S. WÄLCHLI-BHEND/H.-P. MARTI/F. IMMER, Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz?, in: Schweizerische Ärztezeitung 90/23 (2009), S. 899–901, hier S. 899; im Folgenden Swisstransplant 2009.

Organen und potentiellen Empfängern auf der Warteliste [...] zu reduzieren».⁶⁹ Das Ziel auch der aktuell vorliegenden Gesetzesrevision ist denn auch die «Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms» in der Schweiz.⁷⁰

3. Organexplantation nach Herz-Kreislauf-Stillstand

3.1 Non Heart Beating Donors (NHBD)

[Rz 31] Die Transplantationsmedizin hat nicht nur zur Einführung des Hirntodkriteriums geführt, sondern auch Auswirkungen auf die Definition des Herz-Kreislauf-Todes gehabt. Gemäss der sogenannten Maastricht-Klassifikation⁷¹ werden Patientinnen und Patienten, die einen Herzstillstand erleiden, in vier Kategorien eingeteilt.⁷² Eine erste Unterscheidung betrifft den Umstand, ob diese Personen einen plötzlichen und ungeplanten Herz-Kreislauf-Stillstand erfahren (unkontrollierter Herz-Kreislauf-Stillstand) oder aber ob auf einer Intensivstation der Herzstillstand herbeigeführt wird (kontrollierter Herz-Kreislauf-Stillstand).

[Rz 32] Einen unkontrollierten Tod sterben Personen, die bei Ankunft im Spital tot sind, oder solche, bei denen eine Reanimation nicht erfolgreich war (NHBD-Kategorien 1 und 2). In diesen Fällen dürfen – sofern keine Erklärung der verstorbenen Person vorliegt – vorbereitende Massnahmen für die Organentnahme durchgeführt werden, bis die nächsten Angehörigen ihre Zustimmung oder Ablehnung zur Organentnahme erteilen, längstens jedoch während 72 Stunden (Art. 10 Abs. 3 TxG, Art. 8 TxV). Soll das *Non Heart Beating Donor*-Programm wieder eingeführt werden, bedarf es hier keiner Anpassung des Gesetzes,⁷³ denn nach gegenwärtiger Rechtslage in der Schweiz gelten Menschen als tot, wenn der irreversible Herz-Kreislauf-Stillstand mittels klinischer Untersuchungen festgestellt wurde und der Ausfall sämtlicher Hirnfunktionen deshalb angenommen werden kann.

[Rz 33] Auch beim kontrollierten Tod muss zwischen zwei Fällen unterschieden werden. Jene Personen, die hirntot sind, aber vor der Organentnahme einen Herz-Kreislauf-Stillstand erleiden (NHBD-Kategorie 4), stellen für die Medizin

eine Herausforderung dar.⁷⁴ Rechtlich gesehen sind sie jedoch ebenfalls «unproblematisch», denn sie gelten aufgrund des bereits festgestellten irreversiblen Hirntodes als tot.⁷⁵

[Rz 34] Aus der Perspektive des Rechts ist eine Organexplantation allein bei Patientinnen und Patienten problematisch, die der *Non Heart Beating Donor*-Kategorie 3 zugeordnet werden. Sie haben in der Regel eine schwere Hirnschädigung, die *nicht* zum Hirntod führt, weil nicht alle Funktionen des Hirns irreversibel ausgefallen sind, und erfüllen somit nicht «sämtliche Kriterien des Todes».⁷⁶ Bei diesem relativ häufigen Fall des kontrollierten Herz-Kreislauf-Versagens geht es meist um passive Sterbehilfe: Der Herzstillstand wird – ohne Reanimationsphase – durch die Beendigung von aussichtslos gewordenen lebenserhaltenden intensivmedizinischen Massnahmen eingeleitet.⁷⁷

[Rz 35] In allen Fällen von Herz-Kreislauf-Versagen muss die Explantation schnell erfolgen, weil die Organe ohne Blut- und Sauerstoffzufuhr rasch absterben, oder aber es müssen entsprechende organerhaltende Massnahmen vorgenommen werden. Während bei Personen der NHBD-Kategorien 1, 2 und 4 Beatmung und Herzmassage fortgeführt und weitere organerhaltende Massnahmen eingeleitet werden können, weil die Personen als tot gelten, kann dies bei Patientinnen und Patienten der NHBD-Kategorie 3 gerade nicht gemacht werden, weil der Tod nur durch das Beenden der lebenserhaltenden Massnahmen eintritt. Vorher kann weder ein Hirntod nach den Regeln der Hirntoddiagnostik noch ein Herztod festgestellt werden. Werden die lebenserhaltenden Massnahmen beendet, stirbt die Person innerhalb einiger Minuten oder Stunden an einem Herzstillstand.⁷⁸ Tritt der Tod nicht innerhalb von 60 Minuten ein, ist eine Organentnahme nicht mehr möglich, weil die Organe zu sehr geschädigt sind.⁷⁹ Wird die Therapie abgebrochen, tritt nicht unmittelbar der Tod ein, sondern der Sterbeprozess beginnt. Die Richtlinien der SAMW sprechen denn auch von «sterbenden Patienten», deren palliative Behandlung sich vom Zeitpunkt des Therapieabbruchs bis zur Todesfeststellung «ausschliesslich am Wohl des Patienten» zu orientieren habe.⁸⁰ Werden bereits zu diesem Zeitpunkt Massnahmen zur Organerhaltung

⁶⁹ Swisstransplant 2009 (Anm. 68), S. 899.

⁷⁰ So der Titel von Swisstransplant 2009 (Anm. 68), S. 899.

⁷¹ Vgl. G. KOOTSTRA/J.H. DAEMEN/A.P. OOMEN, A.P., Categories of non-heart-beating donors, in: Transplantation proceedings 27/5 (1995), S. 2893–2894.

⁷² Vgl. hierzu und zum Folgenden SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantation. Medizinisch-ethische Richtlinien. Vom Senat der SAMW genehmigt am 24. Mai 2011, in Kraft getreten am 1. September 2011, S. 13–16; im Folgenden SAMW 2011; Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 17; Swisstransplant 2009 (Anm. 68), S. 900; O. GUILLIOD/M. MADER, Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme. Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz, März 2010, S. 14 f.

⁷³ Vgl. Swisstransplant 2009 (Anm. 68), S. 900.

⁷⁴ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 15.

⁷⁵ Das «Rechtlich-Unproblematisch-Sein» vermag freilich nur schwer ein leises Unbehagen auszuräumen, das darin besteht, dass gemäss Transplantationsgesetz der Körper von toten Menschen bis zu 72 Stunden am Leben erhalten werden darf, sogar wenn dafür keine Einwilligung vorliegt; vgl. Art. 10 Abs. 3 TxG i.V.m. Art. 8 TxV.

⁷⁶ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 17.

⁷⁷ Vgl. STOECKER (Anm. 29), S. 52.

⁷⁸ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 15.

⁷⁹ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 16, sowie Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 17.

⁸⁰ SAMW 2011 (Anm. 72), S. 16.

durchgeführt,⁸¹ finden sie deshalb an einer noch lebenden Person statt, also *vor dem Tod*.

[Rz 36] Genau an diesem Punkt greifen nun die vorgeschlagenen Änderungen des Transplantationsgesetzes, auf die deshalb noch näher einzugehen ist. Zunächst jedoch stellt sich angesichts des im geltenden schweizerischen Recht verankerten Hirntodkriteriums die Frage, ob bzw. wann herztote Menschen auch hirntot sind bzw. wann sie für hirntot erklärt werden können.

3.2 Sind herztote Menschen hirntot?

[Rz 37] Patientinnen und Patienten mit Herz-Kreislauf-Stillstand, sogenannte *Non Heart Beating Donors*, waren in den Anfängen der Transplantationsmedizin die ersten Organspenderinnen und -spender. Mit der Einführung des Hirntodkriteriums Ende der 1960er Jahre und der klaren Regelung der Feststellung des Hirntodes kamen sie als potenzielle Spenderinnen und Spender in den meisten Ländern nicht mehr in Frage; eine Ausnahme bildete, wie gezeigt, die Schweiz.

[Rz 38] Aufgrund des chronischen Mangels an Spenderorganen beauftragte das US-Gesundheitsministerium 1997 und 2000 das Institute of Medicine damit abzuklären, unter welchen Voraussetzungen auch herztote Menschen als Spenderinnen und Spender wieder in Frage kommen könnten.⁸² Damit wurde die weltweite Tendenz eingeleitet, auch Tote nach Herz-Kreislauf-Stillstand wieder für die Organexplantation zugänglich zu machen. Während sich die Zweifel am effektiven Totsein Hirntoter in letzter Zeit wieder vermehren, scheint sich – in der Schweiz – die Frage, ob bzw. wie schnell Menschen nach einem Herzstillstand wirklich auch hirntot sind, nicht zu stellen.

[Rz 39] Wenn Drittinteressen am toten Körper formuliert werden, kann die ethische und rechtliche Auseinandersetzung um den Tod dieser Frage allerdings nicht ausweichen. Galt es im Zusammenhang mit der gesetzlichen Einführung des Hirntodkriteriums nachzuweisen, dass mit dem primären Hirntod der Tod nicht vorverlegt wird, lautet die Kernfrage nun, nach welcher Zeitdauer nach dem Herzstillstand mit Sicherheit auch der Hirntod eingetreten ist, denn beim Herztod stirbt der Körper möglicherweise «so schnell [...], dass das Gehirn noch gar keine Zeit hatte mitzusterben».⁸³

[Rz 40] In den Richtlinien zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen aus dem Jahr 2011 geht die SAMW davon aus, dass spätestens zehn Minuten nach dem Herzstillstand (bzw. nach Beendigung der Reanimationsbemühungen) aufgrund der fehlenden Durchblutung auch der Hirntod eingetreten ist, weshalb sie eine zehnminütige

Hands-Off-Periode als genügend erachtet.⁸⁴ Die Untersuchung von klinischen Zeichen wird zur Todesfeststellung als ausreichend betrachtet, auf eine bildgebende Diagnostik zur Feststellung des Hirntodes wird verzichtet. Ganz anders schätzt dies, wie bereits ausgeführt, die deutsche Bundesärztekammer ein. Die Botschaft zum Transplantationsgesetz problematisierte 2001 die global äusserst unterschiedlichen Praktiken in diesem Zusammenhang, kam jedoch nur zum Fazit, dass dies auf fehlender «Einigkeit» bzw. «Gewissheit» beruhe.⁸⁵ Von Einigkeit in dieser Frage innerhalb der medizinischen Wissenschaft kann auch heute keine Rede sein.

[Rz 41] Die unterschiedliche Praxis in der Todesfeststellung von primärem und sekundärem Hirntod ist auch deshalb erklärungsbedürftig. Während im ersten Fall neben den klinischen Zeichen die «Funktionen des Cortex sowie des Klein- und Mittelhirns» untersucht werden, wird bei sekundärem Hirntod nur der Ausfall der Hirnstamm-Funktion (Koma, Apnoe, Areflexie) untersucht. Nicht untersucht wird also nach Herz-Kreislauf-Versagen der Cortex, der massgeblich für das Bewusstsein verantwortlich ist. Sein Funktionsausfall kann nur durch apparative Diagnose festgestellt werden. Konkret kann dies bedeuten, dass Patienten, die aufgrund einer Hirnstammschädigung bewusstlos sind und weder selbständig atmen noch Hirnstammreflexe zeigen, einen intakten Cortex haben, fälschlicherweise als hirntot diagnostiziert und zur Organentnahme freigegeben werden können.⁸⁶

[Rz 42] Dass die SAMW daran festhält, eine empirische Wertung sei ausreichend für die Feststellung des Hirntodes bei Herz-Kreislauf-Versagen, erstaunt umso mehr, als in den Richtlinien von 2011 einleitend ausdrücklich festgehalten wird, dass sich das Transplantationsgesetz in «der Frage des Todeskriteriums [...] auf die neurologische Definition des Todes» stütze, «wonach der Mensch tot» sei, «wenn sämtliche Funktionen seines Hirns, einschliesslich des Hirnstamms, irreversibel ausgefallen sind».⁸⁷

4. Die geplante Teilrevision des Transplantationsgesetzes in der Schweiz

[Rz 43] Die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Revisionsvorschläge betreffen die Situation der potenziellen Organspenderin bzw. des -spenders *vor dem Tod*. Zum einen geht es um die Zulässigkeit einer Anfrage bezüglich Organspende an die Angehörigen vor der Feststellung des Todes, zum anderen um die Zustimmungsberechtigung der Angehörigen zu Massnahmen der Organerhaltung vor dem Tod.

⁸¹ Vgl. dazu ausführlich die Ausführungen in Punkt 4.

⁸² Vgl. STOECKER (Anm. 29), S. 50.

⁸³ STOECKER (Anm. 29), S. 54.

⁸⁴ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 7, Ziff. 2.2.

⁸⁵ Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 92 f.

⁸⁶ Vgl. MÜLLER (Anm. 15), S. 13.

⁸⁷ SAMW 2011 (Anm. 72), S. 3.

4.1 Der Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen wegen möglicher Organspende

[Rz 44] Liegt keine dokumentierte⁸⁸ Erklärung der Patientin oder des Patienten zur Spende vor, dürfen nach geltender Rechtslage die nächsten Angehörigen⁸⁹ einer verstorbenen Person angefragt werden, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist. Ist ihnen nichts bekannt, dürfen sie einer Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen zustimmen, müssen aber den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person beachten (Art. 8 Abs. 2 und 3 TxG). Neu soll die Anfrage an die nächsten Angehörigen explizit bereits *vor* dem Tod der potenziellen Organspenderin bzw. des -spenders zulässig sein, nämlich bereits dann, wenn entschieden wurde, die lebenserhaltenden Massnahmen abubrechen (Art. 8 Abs. 3^{bis} VE-TxG). Ob dies nach bisherigem Recht zulässig wäre, ist unklar.

[Rz 45] Die Richtlinien der SAMW zur *Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen* von 2005, die im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz erarbeitet wurden, gingen davon aus, «eine Anfrage für eine mögliche Organspende [dürfe] schon vor der Feststellung des Todes erfolgen».⁹⁰ Der Wortlaut der geltenden Gesetzesbestimmung («verstorbene Person») spricht allerdings gegen die Zulässigkeit einer solchen Praxis. Nach dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes herrschte an diesem Punkt, wie gezeigt, Unsicherheit.⁹¹

[Rz 46] Das Bundesamt für Gesundheit hat zur Klärung dieser und weiterer Fragen ein Gutachten in Auftrag gegeben.⁹² Olivier Guillod und Mélanie Mader kommen darin zum Schluss, es sei zulässig, die Angehörigen bereits vor der Todesfeststellung anzufragen, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt sei und falls nicht, ob sie einer Organspende zustimmen würden. Dafür spreche zum einen das Ergebnis der teleologischen Auslegung, wonach es «sicherlich weder dem Willen des Gesetzgebers, noch den von ihm verfolgten Zielen, insbesondere «dass menschliche Organe

[...] für Transplantationszwecke zur Verfügung stehen» (Art. 1 TxG)» entspreche, Organentnahmen bei Spendern mit irreversiblen Herzstillstand zu verunmöglichen, bei denen «der zeitliche Spielraum für das Ärzteteam eng begrenzt» sei und eine Organentnahme nach gegenwärtiger rechtlicher Situation «praktisch» verunmöglicht würde.⁹³ Zum andern folgern sie aus der systematischen Auslegung, dass der Begriff «verstorbene» Person in Art. 8 TxG die Organspende *nach* dem Tod (sogenannte Leichenspende) von der Spende *vor* dem Tod (sogenannte Lebendspende) abgrenze. Er lege eine hierarchische Reihenfolge bezüglich der Zustimmungsberechtigung fest, regle aber nicht den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen.

[Rz 47] Aufgrund dieser Überlegungen sieht der Bundesrat keinen Bedarf für eine Streichung des Wortes «verstorben» aus Art. 8 TxG.⁹⁴ Stattdessen soll ein neuer Abs. 3^{bis} eingefügt werden, der klarstellt, dass die Angehörigen bereits nach dem Entscheid, die lebenserhaltenden Massnahmen abubrechen, angefragt werden dürfen.

[Rz 48] Die explizite gesetzliche Klarstellung des Zeitpunktes, zu dem eine Anfrage an die nächsten Angehörigen bezüglich einer Organspende zulässig ist, kann als Präzisierung des geltenden Transplantationsgesetzes angesehen werden. Es kann tatsächlich sinnvoll sein, wenn die zeitlichen Abläufe der Organtransplantation «entzerrt» werden und die Organspende nicht in engster zeitlicher Nähe zur Todesfeststellung angesprochen werden muss. Festgehalten werden muss hier jedoch, dass nicht die Entlastung der Angehörigen die Motivation zu diesem Revisionsvorschlag bildet.⁹⁵ Andererseits gilt es zu bedenken, dass das Ansprechen einer möglichen Organspende vor dem Tod der betroffenen Person als pietätlos empfunden werden kann⁹⁶ und deshalb hohe Anforderungen an das Einfühlungsvermögen der Gesprächsführenden Person stellt.⁹⁷ Das Gespräch über den Abbruch der lebenserhaltenden Therapie muss jedenfalls zeitlich klar getrennt *vor* dem Gespräch über eine allfällige

⁸⁸ Beispielsweise eine Willensäusserung in einem Organspendeausweis oder in einer Patientenverfügung.

⁸⁹ Der Kreis der nächsten Angehörigen ist in Art. 3 der Transplantationsverordnung umschrieben. Er umfasst die Ehefrau oder den Ehemann, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, die Lebenspartnerin oder den Lebenspartner, die Kinder, Eltern und Geschwister, die Grosseltern und Grosskinder sowie andere Personen, die der verstorbenen Person nahestehen.

⁹⁰ SAMW 2005 (Anm. 56), S. 10, Ziff. 4.

⁹¹ Vgl. Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 15; vgl. auch B. REGLI/J. STEIGER/M. SALATHÉ, Das Transplantationsgesetz: «klinische Probleme» bei der Umsetzung, bulletin SAMW 2/2010, 1 ff., sowie B. REGLI/P. SPESCHA/CH. PETER, Labormedizin bei Organtransplantationen, pipette, Juni 2008, 6 ff., einsehbar unter http://www.transplantnet.ch/fileadmin/transplant-net/pdf/Labormedizin_bei_Organtransplantationen__2_.pdf (3. Januar 2012).

⁹² Vgl. GUILLIOD/MADER (Anm. 72).

⁹³ GUILLIOD/MADER (Anm. 72), S. 74.

⁹⁴ Vgl. Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 17 f.

⁹⁵ Vgl. die Vernehmlassungsantwort der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK/CNE) zur Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, 15. September 2011, S. 2, <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04233/index.html?lang=de> (5. Januar 2012), im Folgenden Vernehmlassungsantwort NEK. Vgl. auch die Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Patientenorganisation SPO zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes vom 26. September 2011, http://www.spo.ch/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=53&Itemid=84 (3. Januar 2012), im Folgenden Vernehmlassungsantwort SPO.

⁹⁶ Die Vernehmlassungsantwort SPO (Anm. 95) spricht hier deutlich von «Zumutung».

⁹⁷ Vgl. auch SAMW 2011 (Anm. 72), S. 9, Ziff. 3.1; ausführlich zur Situation der Angehörigen von Organspenderinnen und Organspendern V. KALITZKUS, Leben durch den Tod. Die zwei Seiten der Organtransplantation. Eine medizinethnologische Studie, Frankfurt/New York 2003, S. 112 ff.

Organspende stattfinden.⁹⁸ Die Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) begrüsst zwar grundsätzlich die «Klärung» hinsichtlich des Zeitpunktes der Anfrage an die Angehörigen, gibt aber gleichzeitig zu bedenken, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Praxis der Organspende nicht untergraben werden dürfe; eine Kommissionsminderheit befürchtet gar, «dass das Interesse, Spender zu gewinnen, dazu führen könnte, öfter lebenserhaltende Massnahmen einzustellen».⁹⁹

4.2 Zustimmungsberechtigung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen

4.2.1 Geltendes Recht und praktische Probleme

[Rz 49] Die derzeit geltende Regelung ist einfach und ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 TxG: Während es der betroffenen Person selbst vorbehalten bleibt, in vorbereitende medizinische Massnahmen vor ihrem Tod einzuwilligen, wird die Einwilligungskompetenz der nächsten Angehörigen auf die Zeit nach dem Tod der Patientin oder des Patienten beschränkt. Eine Stellvertretung vor dem Tod ist ausgeschlossen, wie auch die Botschaft zum Transplantationsgesetz vom 12. September 2011 unmissverständlich festhält: «Eine stellvertretende Einwilligung durch die nächsten Angehörigen oder die gesetzlichen Vertreterinnen oder Vertreter bei urteilsunfähigen Personen kann in diesen Fällen nicht in Frage kommen [...]».¹⁰⁰

[Rz 50] Die in den Erläuterungen zum Revisionsvorschlag vertretene Meinung, wonach der Wortlaut von Art. 10 TxG «die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen durch eine Vertretung der Spenderin oder des Spenders nicht ausschliessen» soll,¹⁰¹ ist unseres Erachtens mit der geltenden Rechtslage nicht in Einklang zu bringen. Zu weit gehen an diesem Punkt auch die Richtlinien der SAMW 2011, die bereits jetzt festhalten, dass der gesetzliche Vertreter oder die gesetzliche Vertreterin stellvertretend in organerhaltende Massnahmen vor dem Tod einwilligen kann.¹⁰²

[Rz 51] Von medizinischer Seite wurde vorgebracht, das geltende Recht sei nur schwer mit den Interessen der Transplantationsmedizin vereinbar, da Patientinnen und Patienten auf der Intensivstation heute in den wenigsten Fällen unter voller Therapie versterben. In der Regel trete der Tod ein, nachdem die lebenserhaltenden Massnahmen aufgrund der

Aussichtslosigkeit der Situation abgebrochen worden seien. Gerade in diesen Fällen müssten aber organerhaltende Massnahmen bereits vor dem Eintritt des Todes durchgeführt werden, weil andernfalls die Organe zum Zeitpunkt des Todes bereits zu sehr geschädigt wären.¹⁰³ Ärztinnen und Ärzte, welche vorbereitende medizinische Massnahmen durchführen, würden sich deshalb auf einem schmalen Pfad der rechtlichen Zulässigkeit bewegen und es würden Interessenkonflikte offensichtlich.¹⁰⁴

[Rz 52] Um diese Einwände rechtlich zu beurteilen, gilt es sich zunächst bewusst zu machen, worum es bei den sogenannten vorbereitenden medizinischen Massnahmen (d.h. organerhaltenden Massnahmen) vor dem Tod geht.

4.2.2 Was sind vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod?

[Rz 53] Vorbereitende medizinische Massnahmen dienen nicht der Gesundheit oder dem Wohlbefinden der davon betroffenen Person, sondern ausschliesslich der Erhaltung ihrer Organe, Gewebe oder Zellen im Interesse einer oder mehrerer Drittpersonen, nämlich dem oder den Empfänger(n).¹⁰⁵ Sie sollen die Funktionsfähigkeit der Organe bis zur Entnahme aufrecht erhalten und so den Erfolg der Transplantation sicherstellen. Aufgrund des Fehlens eines therapeutischen Nutzens für die lebende Patientin oder den lebenden Patienten selbst handelt es sich somit um sogenannte *drittnützige* Eingriffe in die verfassungsmässig geschützte körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV). Für die Einwilligung in drittnützige Eingriffe gelten besondere Regeln. Darauf wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

[Rz 54] Zu den möglichen vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod der Patientin oder des Patienten gehören zunächst die serologischen und immunologischen Analysen, die vorgenommen werden, um die sogenannte Spendetauglichkeit abzuklären.¹⁰⁶ Zu den effektiven Massnahmen, die der Organerhaltung dienen, gehören die Weiterführung einer bereits begonnen künstlichen Beatmung, die Verabreichung von gerinnungshemmenden, gefässerengenden oder gefässerweiternden Substanzen,¹⁰⁷ von kreislaufstützenden Medikamenten sowie von Hormonerersatzbehandlungen, ausserdem diagnostische Untersuchungen zur Steuerung der Behandlung und der Einsatz von Geräten zur Verhinderung der Abkühlung.¹⁰⁸ Auch chirurgische

⁹⁸ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 9, Ziff. 3.1; GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 76 f.; weniger klar hinsichtlich der Trennung der Prozesse die Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3).

⁹⁹ Vernehmlassungsantwort NEK (Anm. 95), S. 1 und 2.

¹⁰⁰ Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 142; ablehnend allerdings GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 35 und 61 f., die Stellvertretung bereits unter geltendem Recht als zulässig erachten.

¹⁰¹ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 20.

¹⁰² Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), S. 11, Ziff. 3.2.

¹⁰³ Vgl. REGLI/SPESCHA/PETER (Anm. 91), S. 6 ff.

¹⁰⁴ Vgl. REGLI/SPESCHA/PETER (Anm. 91), S. 9.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 TxG.

¹⁰⁶ Vgl. SAMW 2011 (Anm. 72), Ziff. 4.1.

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 142.

¹⁰⁸ Vgl. Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), 15 f.; vgl. auch SAMW 2011 (Anm. 72), S. 12, Ziff. 4.1; ausführlich GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 16 ff.; detailliert aus medizinischer Sicht auch die Empfehlungen für die Behandlung und das Monitoring von erwachsenen Organspendern mit erhaltener Herzfunktion (Heart Beating Donors), die im Rahmen des «Swiss

Eingriffe werden vorgenommen: So werden z.B. arterielle Kanülen (sogenannte Perfusionssonden) zur Organkühlung eingesetzt.¹⁰⁹

[Rz 55] Die Risiken und Belastungen dieser Massnahmen für die Patientin oder den Patienten sind nicht bei allen Massnahmen gleich hoch. Umstritten sind u.a. das Verabreichen von Antikoagulanzen und gefässerweiternden Substanzen, da sie den Eintritt des Todes beschleunigen können,¹¹⁰ sowie das Setzen von arteriellen Kanülen, da dieses schmerzhaft sein könne;¹¹¹ diese letzteren Massnahmen sind beispielsweise in Kanada verboten.¹¹²

[Rz 56] Das Gesetz verbietet solche Massnahmen explizit, die den Tod der Patientin oder des Patienten beschleunigen oder einen dauernden vegetativen Zustand herbeiführen können (Art. 10 Abs. 2 TxG; Art. 10 Abs. 6 VE-TxG). In diesen Fällen würde selbst die Zustimmung der Patientin oder des Patienten zu solchen Massnahmen nichts an deren Rechtswidrigkeit ändern.¹¹³ Dennoch verzichtet die Revisionsvorlage auf einen generellen Ausschluss von bestimmten vorbereitenden medizinischen Massnahmen, denn «das Risiko, in einen dauernden vegetativen Zustand zu fallen, hänge sehr stark von der individuellen Situation» und dem «unterschwelligem pathologischen Zustand» der betroffenen Person ab.¹¹⁴ Es sei «daher Sache der zuständigen Ärztin bzw. des zuständigen Arztes, die Risiken für die Spenderin oder den Spender abzuschätzen und aufgrund derer oder dessen individueller Situation zu entscheiden».¹¹⁵

4.2.3 Rechtliche Qualifikation der vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod

[Rz 57] Vor dem Tod vorgenommene vorbereitende medizinische Massnahmen sind immer als drittnützige Eingriffe in die körperliche Integrität der betroffenen Person zu qualifizieren.

Donation Pathway» von der Schweizerischen Stiftung zur Förderung der Organspende (FSOD), der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin und Swisstransplant von einer Expertengruppe erarbeitet wurden; einsehbar unter <http://www.sgi-ssmi.ch/cgi-richtlinien0.html> (30. Dezember 2011).

¹⁰⁹ Vgl. Broschüre des Bundesamtes für Gesundheit zur Information zur Spende von Organen, Geweben und Zellen im Todesfall, «Alle haben Recht: Sie äussern ihren Willen»; Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 142.

¹¹⁰ Kritisch z.B. die Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 143; GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 18.

¹¹¹ Ablehnend, da nicht unerlässlich, GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 50; strikt ablehnend auch Vernehmlassungsantwort SPO (Anm. 95).

¹¹² Vgl. GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 19.

¹¹³ Vgl. auch Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 143. Dagegen scheinen GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 34, die Zustimmung des potenziellen Spenders für ausreichend zu halten, um diesen «einem gewissen Risiko ohne entsprechendes direktes Interesse auszusetzen».

¹¹⁴ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 23.

¹¹⁵ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 23; ablehnend, da den Spenderinteressen nicht genügend Rechnung tragend, Vernehmlassungsantwort SPO (Anm. 95).

Für drittnützige Eingriffe ist die Zulässigkeit der Stellvertretung mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht, den Schutz der persönlichen Freiheit und die Achtung der Menschenwürde stark beschränkt.¹¹⁶ Grundsätzlich kann die Stellvertreterin oder der Stellvertreter nämlich nur in solche Eingriffe einwilligen, die medizinisch indiziert sind, d.h. im objektiven Wohl der Patientin oder des Patienten liegen.¹¹⁷ Wegleitend ist «die Ausrichtung auf das Gesundheitsinteresse der urteilsunfähigen Person und ihr Grundrecht der Menschenwürde (Art. 7 BV)».¹¹⁸ Neben dem objektiven Wohl ist der Stellvertreter oder die Stellvertreterin an den mutmasslichen Willen der Patientin gebunden.¹¹⁹

4.2.3.1 Umfassende Information und freie Zustimmung

[Rz 58] Die Zustimmung zur Organspende, beispielsweise in einem Organspendeausweis, beinhaltet nicht automatisch auch die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod.¹²⁰ Das Transplantationsgesetz fordert explizit eine spezielle, *freie Zustimmung* nach *umfassender Information*, mithin die unbedingte Beachtung des für alle medizinischen Eingriffe am lebenden Menschen geltenden *Informed Consent*-Prinzips.¹²¹ Der Wortlaut des Gesetzes ist der Gleiche wie im Fall der Zustimmung zur Lebendspende.¹²² Für letztere präzisiert die Transplantationsverordnung

¹¹⁶ Vgl. bereits BGE 114 Ia 350, 362 f.: «Celui ci [der Vertreter] doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective. Il doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique.»

¹¹⁷ So bereits die Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 142 f.; vgl. auch R.J. SCHWEIZER, Kommentierung von Art. 10 BV, in: B. EHRENZELLER/P. MASTRONARDI/R.J. SCHWEIZER/K.A. VALLINDER, Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 20.

¹¹⁸ J. GASSMANN, Kommentierung von Art. 377/378 nZGB, in: D. ROSCH/A. BÜCHLER/D. JAKOB (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Rz 12.

¹¹⁹ Auch das neue Erwachsenenschutzrecht (AS 2011 725), welches am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird und Vorschriften zur Vertretungsbechtigung bei medizinischen Massnahmen enthält, begrenzt die Einwilligungskompetenz des Vertreters: Die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigte Person ist in ihrer Entscheidung nämlich an den mutmasslichen Willen *und* die Interessen der urteilsunfähigen Person gebunden, wenn zu dieser Frage keine Patientenverfügung vorliegt (Art. 378 Abs. 3 nZGB). Zur Frage, welches der beiden Prinzipien vorgeht, wenn sich mutmasslicher Wille und objektive Interessen des Patienten widersprechen, äussert sich das neue Recht nicht.

¹²⁰ So auch GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 26; Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 24; zu weit gehend dagegen REGLI/SPESCHA/PETER (Anm. 91), S. 8, wonach «die Einwilligung in eine Organentnahme wohl auch den weit geringeren Eingriff vorbereitender medizinischer Massnahmen einschliesst».

¹²¹ Ausführlich GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 28 ff. Einzig die neue Regelung zur Patientenverfügung, die am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird, sieht gewisse Ausnahmen vom *Informed Consent*-Prinzip vor, indem zugunsten der Selbstbestimmung auf das Gültigkeitserfordernis der umfassenden Aufklärung der Patientin oder des Patienten verzichtet wird.

¹²² Nur Schriftlichkeit ist bei der Einwilligung in vorbereitende medizinische

(TxV),¹²³ was «umfassende Information» und «freie Zustimmung» bedeutet: Art. 9 der TxV zählt auf, worüber die spendende Person informiert werden muss. Diese Aufklärung ist zu dokumentieren (Art. 9 Abs. 4 TxV). Die Freiwilligkeit der Spende muss zudem durch eine unabhängige und in solchen Abklärungen erfahrene Fachperson bestätigt werden (Art. 10 TxV). Für die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod fehlen entsprechende Präzisierungen. Mit Blick auf die allgemeinen Anforderungen des *Informed Consent*-Prinzips,¹²⁴ auf die vergleichbare Interessenlage (drittnützige Eingriffe in die körperliche Integrität bei lebenden Personen) und demselben Gesetzeswortlaut ist allerdings davon auszugehen, dass auch die Aufklärung betreffend vorbereitender medizinischer Massnahmen entsprechend sorgfältig erfolgen muss.¹²⁵ Die Patientin oder der Patient hat selbstverständlich auch die Möglichkeit, nur bestimmten vorbereitenden medizinischen Massnahmen zuzustimmen und andere abzulehnen. Zudem besteht wie bei jeder Einwilligung in eine medizinische Behandlung die Möglichkeit, die Zustimmung jederzeit zu widerrufen;¹²⁶ ein Widerruf kann auch durch konkludentes Verhalten erfolgen, wenn eine Patientin oder ein Patient beispielsweise nicht mehr in der Lage ist, sich verbal zu äussern.

[Rz 59] Unter dem geltenden Recht kann nur dann bereits vor dem Tod mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen begonnen werden, wenn die Patientin oder der Patient diesen nach umfassender Aufklärung frei zugestimmt hat. In den übrigen Fällen ist die Feststellung des Todes abzuwarten.¹²⁷

4.2.3.2 Revisionsvorlage: Erweiterte Zustimmungsberechtigung vor dem Tod

[Rz 60] Der Revisionsvorschlag des Bundesrates sieht vor, dass die zur Vertretung im medizinischen Bereich berechtigte Person ihre Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen geben darf, wenn dies dem mutmasslichen Willen der spendenden Person entspricht (Art. 10 Abs. 2 VE-TxG). Mehr noch: Sogar wenn der mutmassliche Wille der

spendenden Person nicht bekannt ist, soll vertretungsweise in vorbereitende medizinische Massnahmen eingewilligt werden können, wenn diese für eine spätere Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen unerlässlich und für die spendende Person nur mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden sind (Art. 10 Abs. 3 VE-TxG). Der Revisionsvorschlag will damit eine «liberale Interpretation des objektiven Wohls der Spenderin oder des Spenders» im Transplantationsgesetz verankern.¹²⁸ Einzig wenn die urteilsunfähige, potenziell «spendende» Person keine zur Vertretung im medizinischen Bereich berechtigte Person hat oder diese nicht erreichbar ist, sollen vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod unzulässig bleiben (Art. 10 Abs. 5 VE-TxG). Die stellvertretende Zustimmung darf erteilt werden, sobald entschieden worden ist, die lebenserhaltenden Massnahmen abubrechen (Art. 10 Abs. 4 VE-TxG).

[Rz 61] Die vorgeschlagene Regelung folgt der erweiterten Zustimmungslösung, die dem geltenden Recht für die Organentnahme nach dem Tod entspricht (Art. 8 TxG). Es ist allerdings fraglich, ob dieses Modell auf diese Situation übertragbar ist. Die stellvertretende Zustimmung zur Organentnahme kann gegeben werden, wenn die betroffene Person verstorben ist. Mit dem Tod der Person enden grundsätzlich deren Persönlichkeit und mithin die Persönlichkeitsrechte.¹²⁹ Anders sieht es hingegen aus bei vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod. Die noch lebende Patientin steht – obwohl die Entscheidung zum Abbruch der lebenserhaltenden Therapie getroffen wurde – unter dem vollen Schutz der Persönlichkeitsrechte, also auch unter dem Schutz der körperlichen Integrität sowie der Menschenwürde. Deshalb muss die Einwilligung Dritter in fremdnützige Eingriffe an viel strengere Voraussetzungen gebunden sein.

[Rz 62] Die Anlehnung der vorgeschlagenen Revision an die erweiterte Zustimmungslösung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit ein Prinzip der Stellvertreterentscheidung aufgegeben bzw. abgeschwächt werden soll, welches im Medizinrecht ansonsten allgemein gilt: Die stellvertretende Person darf nur in solche Eingriffe in die körperliche Integrität einwilligen, die medizinisch indiziert sind, d.h. die im objektiven Wohl der lebenden Patientin oder des lebenden Patienten liegen.¹³⁰ Die Erläuterungen zur Revisionsvorlage 2011 problematisieren zwar, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen mit dem objektiven Wohl der Patientin oder des Patienten «nur schwer [...] in Übereinstimmung

Massnahmen vor dem Tod nicht erforderlich.

¹²³ Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung) vom 16. März 2007, SR 810.211.

¹²⁴ Dazu ausführlich W. FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: M.W. KUHN/T. POLEDNA (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 103–231, hier S. 167 ff.

¹²⁵ Ähnlich GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 31 f., die zudem zu Recht auch die Einräumung einer Bedenkzeit fordern.

¹²⁶ D. MANAI, *Droits du patient*, Berne 2006, S. 64; M. MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Basel 2009, S. 52; B. TAG, Strafrecht im Arztalltag, in: M.W. Kuhn/T. Poledna (Anm. 124), S. 669–758, hier S. 696.

¹²⁷ Vgl. auch die Information der Öffentlichkeit über den Ablauf einer Organspende im Inselspital Bern, einsehbar unter <http://www.transplantnet.ch/de/organspende/spendevonhirntoten/organspendeablauf/> (29. Dezember 2011).

¹²⁸ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 25; zur «liberalen» Interpretation des objektiven Wohls vgl. GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 47, insb. S. 48.

¹²⁹ Gewisse Aspekte der persönlichen Freiheit wirken allerdings über den Tod hinaus, insbesondere das Verfügungsrecht über den eigenen Körper; vgl. BGE 129 I 173, 180; BGE 123 I 112, 118 f.; SCHWEIZER (Anm. 117), N 26.

¹³⁰ Dazu bereits oben, Anm. 117; Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 142; vgl. auch C. WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010, S. 111 ff.; MANAI (Anm. 126), S. 169.

gebracht werden können»,¹³¹ doch schliessen sie sich der von Guillo/Mader vertretenen «liberalen» Auslegung des objektiven Wohls von sterbenden Patientinnen und Patienten an. Danach komme dieser Patientengruppe aufgrund ihrer aussichtslosen Situation jedenfalls kein objektives Wohl im Sinne einer Lebensrettung oder Gesundheitswiederherstellung mehr zu. Ihr Interesse beschränke sich vielmehr darauf, in Würde zu sterben. Vorbereitende medizinische Massnahmen, «die in Bezug auf den Zustand der Spenderin oder des Spenders» neutral seien, seien deshalb zulässig, «auch wenn sie nicht der klassischen Auslegung des Wohls der Patientin oder des Patienten entsprechen».¹³² Aufgrund dieser Argumentation sollen die Vertreter sogar in vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod einwilligen können, wenn kein diesbezüglicher mutmasslicher Wille der Patientin oder des Patienten ermittelt werden konnte.

[Rz 63] Diese (Um-)Interpretation des objektiven Wohls ist problematisch. Zum einen bleibt nämlich auch dann, wenn eine Patientin oder ein Patient eine aussichtslose Prognose hat und sich allenfalls bereits im Sterbeprozess befindet, das Recht auf körperliche Integrität bis zum Zeitpunkt des rechtlichen Todes bestehen und zwar *uneingeschränkt*. Zum anderen kann die Zulässigkeit eines Eingriffs in die körperliche Integrität nicht davon abhängen, ob ein Eingriff im Hinblick auf das irgendwie definierte «objektive Wohl» neutral ist oder nicht. Andernfalls wäre es beispielsweise auch zulässig, bei einer Patientin oder einem Patienten während einer Gesundheitsbehandlung (bei der das objektive Wohl in der Gesundheitswiederherstellung liegt) weitere, damit nicht zusammenhängende Eingriffe vorzunehmen, sofern sie nur in Bezug auf den Zustand der betroffenen Person neutral sind.

[Rz 64] Der Stellvertreter ist zudem an den mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten gebunden. Dieser wird subjektiv bestimmt, d.h. es wird danach gefragt, wie sich die betroffene Patientin entscheiden würde, wenn sie noch urteilsfähig wäre. Die stellvertretende Person kann medizinische Massnahmen, die im objektiven Wohl des Patienten liegen, verweigern, wenn sie dem mutmasslichen Willen des Patienten nicht entsprechen.¹³³ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der mutmassliche Wille ein normatives Konstrukt ist; empirische Untersuchungen zeigen, dass auch nächste Angehörige nicht sicher sagen können, wie sich der Patient in der konkreten Situation selbst entscheiden würde und sich oft anders entscheiden.¹³⁴ Der mutmassliche Wille

ist ein blosses *Surrogat* für die Selbstbestimmung, und gerade deshalb ist umstritten, welche Bindungswirkung ihm tatsächlich zukommen soll.¹³⁵ Widerspricht er dem objektiven Wohl des Patienten, ist zu fordern, dass er nicht nur auf Mutmassungen beruht, sondern dass dafür hinreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen, beispielsweise in einer Patientenverfügung. Demgegenüber sprechen sich Guillo/Mader dafür aus, im Fall eines Konflikts zwischen mutmasslichem Willen und objektivem Wohl «den mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders auf Kosten seines objektiven Wohls zu respektieren, solange keine wesentlichen Aspekte des Persönlichkeitsschutzes betroffen sind». Deshalb seien auch vorbereitende medizinische Massnahmen, die mit gewissen Unannehmlichkeiten für den potenziellen Spender verbunden seien, zulässig.¹³⁶

[Rz 65] Es ist aber eine Sache, die Vornahme von medizinischen Massnahmen gestützt auf einen (mit genügender Sicherheit ermittelten) mutmasslichen Willen zu verweigern, eine andere hingegen, solchen zuzustimmen, wenn sie nicht im objektiven Wohl des Patienten liegen.¹³⁷ Im zweiten Fall müssten zumindest sehr deutliche Anhaltspunkte für die Ermittlung des mutmasslichen Willens vorliegen.¹³⁸ Die Einwilligung zur Organspende nach dem Tod mittels eines Organspendeausweises dürfte kaum ausreichend sein. Dies

¹³⁵ Vgl. hierzu MICHEL (Anm. 126), S. 122 f. sowie M. THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel/Genf/München 2004, S. 32 f.

¹³⁶ GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 43 f.

¹³⁷ Vgl. zur Kontroverse, ob bei gemutmasster Zustimmung auch objektiv schädliche Eingriffe gerechtfertigt werden können M. THOMMEN, Einwilligungsunfähige Organspender?, in: P. BECCHI/A. BONDOLFI/U. KOSTKA/K. SEELMANN (Hrsg.), Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2007, S. 159–170, hier S. 167 f. Unseres Erachtens lässt sich aus Gesetzen, welche in engen Grenzen die Zustimmung des Vertreters zu nicht im direkten Interesse der vertretenen Person liegenden Eingriffen in die körperliche Integrität erlauben, nichts anderes ableiten. Beispielsweise geht die Botschaft zum nun verabschiedeten Humanforschungsgesetz davon aus, dass bei Kindern folgende Eingriffe in die persönliche Freiheit zulässig sind, die keinen direkten Nutzen für das betroffene Kind mit sich bringen: Datensammlungen im Rahmen von Interviews und Beobachtungen, Entnahme von Blut an peripheren Venen, Entnahme von Kapillarblut oder organischen Flüssigkeiten ohne invasive Interventionen (insbesondere Speichel- und Urinproben), Abstriche, Ultraschalluntersuchung, Elektroradiogramm (Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21. Oktober 2009, BBl 2009, S. 8045 ff., hier S. 8113). Diese Eingriffe lassen sich in ihrer Tragweite mit den zur Abklärung der Spendedauglichkeit notwendigen serologischen und immunologischen Untersuchungen vergleichen, sind aber offensichtlich viel weniger invasiv als die Weiterführung einer künstlichen Beatmung nach dem Hirntod oder Verabreichung von mit bestimmten Risiken verbundenen Medikamenten im Rahmen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen.

¹³⁸ Vgl. auch J. TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchststrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: C.-W. CANARIS/A. HELDRICH (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, S. 497–523, hier S. 508.

¹³¹ Erläuterungen TxG 2011 (Anm. 3), S. 20.

¹³² GUILLOD/MADER (Anm. 72), S. 48; vgl. zur liberalen Auslegung des Wohls des potenziellen Spenders S. 47–50, insb. S. 48, zur strengen Auslegung des objektiven Wohls S. 44–47.

¹³³ Vgl. MANAI (Anm. 126), S. 195 f.; TAG (Anm. 126), S. 714.

¹³⁴ Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Patientenverfügung. Ethische Erwägungen zum neuen Erwachsenenschutzrecht unter besonderer Berücksichtigung der Demenz, Stellungnahme Nr. 17/2011, S. 35.

gilt umso mehr, als auch das Transplantationsgesetz selbst hier Einschränkungen vorsieht, indem es die Einwilligung des urteilsfähigen Patienten in vorbereitende medizinische Massnahmen wie bereits gezeigt an Voraussetzungen bindet.¹³⁹

4.3 Auswirkungen der Revisionsvorlage

[Rz 66] Die in der Revisionsvorlage vorgesehenen Änderungen hinsichtlich der Vertretungsberechtigung vor dem Tod fallen nicht nur aufgrund ihres Umfanges auf (während das geltende Recht mit drei Absätzen auskommt, enthält Art. 10 VE-TxG deren sieben), sondern sind auch materiell von erheblicher Tragweite.

[Rz 67] Die grundlegende Änderung besteht darin, dass bereits vor dem Tod der Patientin oder des Patienten Drittinteressen Berücksichtigung finden. Das gilt unabhängig davon, ob die Patientin oder der Patient diesen Massnahmen ausdrücklich zugestimmt hat, oder ob sie ihrem bzw. seinem mutmasslichen Willen entsprechen. Dies geht weit über eine blosser Präzisierung der geltenden Rechtslage hinaus, da die Rechtsposition des noch lebenden Patienten bzw. der noch lebenden Patientin beträchtlich eingeschränkt wird. Aus rechtlicher Sicht macht es einen gravierenden Unterschied, ob drittnützige Eingriffe vor oder nach dem rechtlichen Tod der betroffenen Person stattfinden. Alle Eingriffe vor dem Tod stellen eine Verletzung der körperlichen Integrität der Spenderin oder des Spenders dar, die grundsätzlich nur mit deren Einwilligung rechtmässig sind. Wie dargelegt, ist die stellvertretende Einwilligungskompetenz in drittnützige Eingriffe bei urteilsunfähigen Personen stark beschränkt. Das allgemeine Prinzip, wonach der Stellvertreter nur in solche Eingriffe einwilligen kann, die im objektiven Wohl der Patientin oder des Patienten liegen, wird durch die Revisionsvorlage stark relativiert, worüber auch ein liberales Verständnis des objektiven Wohls nicht hinwegtäuschen kann. Der instrumentalisierende Zugriff auf eine sterbende Person, die nicht durch ihre Einwilligung – nicht einmal zwingend durch die (ohnehin schwierig zu ermittelnde) mutmassliche Einwilligung – gerechtfertigt ist, stellt den verfassungsmässigen Schutz der persönlichen Freiheit in Frage. Besonders unverständlich scheint angesichts dieser Rechtslage, dass bei der Rechtfertigung durch die mutmassliche Einwilligung sogar auf die Voraussetzungen der Unerlässlichkeit sowie der minimalen Risiken und Belastungen von organerhaltenden Massnahmen (Art. 10 Abs. 3 VE-TxG) verzichtet wurde.

5. Schluss

[Rz 68] Art. 119a BV erteilt dem Bund den verbindlichen Auftrag, bei der Regelung der Transplantationsmedizin für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit zu sorgen.¹⁴⁰ Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass die Praxis der Organentnahme in einem spannungsvollen Verhältnis zu den Grundrechten der Verfassung, insbesondere der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit steht:¹⁴¹ «Das Verbot, jemanden für die Zwecke Dritter zu instrumentalisieren, gilt als selbständige, individualrechtliche Mindestverbürgung der Würdegarantie von Art. 7 BV.»¹⁴²

[Rz 69] Es scheint nicht die Intention des schweizerischen Gesetzgebers gewesen zu sein, mit dem Erlass des Transplantationsgesetzes, das als gesetzliches Todeskriterium den festgestellten, irreversiblen Hirntod definiert, eine Organentnahme nach Herz-Kreislauf-Stillstand zu verbieten. Indem die Transplantationsverordnung für die Todesfeststellung auf die aktuellen Richtlinien der SAMW verweist, die eine Organexplantation nach Herz-Kreislauf-Versagen als zulässig erachten, werden diese vom Gesetzgeber grundsätzlich gebilligt. Die vorgestellten Revisionsvorschläge des Bundesrates sollen hiernach auch den rechtlichen Rahmen für die Wiedereinführung des *Non Heart Beating Donor*-Programms in der Schweiz liefern.

[Rz 70] Dennoch ist die Organentnahme bei Menschen nach Herz-Kreislaufstillstand (wie bei Menschen nach Hirntod) nur zulässig, wenn sie unter Beachtung der grundlegenden rechtlichen Wertentscheidungen erfolgt. Mit der Menschenwürde und dem Schutz der persönlichen Freiheit der sterbenden Person lässt sich noch vereinbaren, dass die Angehörigen bereits vor deren Tod um ihre Meinung zur Organspende gefragt werden. Die vorgeschlagene Erweiterung der Stellvertreterbefugnisse hinsichtlich vorbereitender medizinischer Massnahmen vor dem Tod sprengt unseres Erachtens jedoch diesen Rahmen. Die Menschenwürde verbietet ganz grundsätzlich eine Instrumentalisierung von (noch lebenden) potenziellen Organspenderinnen und -spendern und gebietet das Recht auf einen menschenwürdigen Tod.¹⁴³ Solange der verfassungsmässige Schutz der persönlichen Freiheit besteht, d.h. solange die Person am Leben ist, kann nur ihre informierte und freie Einwilligung drittnützig motivierte Eingriffe in ihre körperliche Integrität legitimieren, zumal sie nicht völlig risikolos sind. Trotz des chronischen Mangels an Spendeorganen gilt es deshalb, sich in Erinnerung zu rufen, was die Botschaft zum Transplantationsgesetz 2001

¹³⁹ Auch das Transplantationsgesetz selbst begrenzt noch an anderer Stelle die Zulässigkeit von drittnützigen Eingriffen in die körperliche Integrität von urteilsunfähigen Personen: Art. 13 TxG erlaubt nur unter bestimmten, eng definierten Voraussetzungen die Lebendspende von regenerierbaren Geweben oder Zellen bei urteilsunfähigen oder minderjährigen Personen. Vgl. hierzu auch die Ausführungen in der Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 145.

¹⁴⁰ Vgl. R.J. SCHWEIZER/M. SCHOTT, Kommentierung von Art. 119a BV, in: EHREZZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLINDER (Anm. 117), N 9. Diese Verpflichtung wird im Zweckartikel des Transplantationsgesetzes wieder aufgenommen, vgl. Art. 1 Abs. 3 TxG.

¹⁴¹ SCHWEIZER/SCHOTT (Anm. 140), N 10.

¹⁴² THOMMEN (Anm. 137), S. 160 f.

¹⁴³ Vgl. Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), S. 31: «Ziele», die «mit dem Gesetzesentwurf» erreicht werden sollen.

unmissverständlich festhielt: «Angesichts des Mangels an verfügbaren Organen ist es zwar verständlich, wenn man nach neuen Wegen sucht. Dabei darf aber nie das Wohl der lebenden Patientin bzw. des lebenden Patienten den Interessen der Empfängerin oder des Empfängers untergeordnet werden. Alle in dieser Hinsicht zweifelhaften Massnahmen müssen unterbleiben.»¹⁴⁴

Birgit Christensen arbeitet als Postdoc an der Universität Zürich an einem Forschungsprojekt mit dem Titel *Der menschliche Körper im Spiegel des Rechts. Konstruktionen von Körper und Geschlecht durch Recht*. Margot Michel arbeitet als Postdoc an der Universität Zürich und unterrichtet u.a. Medizinrecht. Sie vertritt im akademischen Jahr 2011/2012 den Lehrstuhl von Prof. Andrea Bächler.

* * *

¹⁴⁴ Botschaft TxG 2001 (Anm. 12), 143.